

São Paulo, 06 de fevereiro de 2018



À

BM&FBOVESPA SUPERVISÃO DE MERCADO

Diretoria de Autorregulação
 Rua XV de Novembro nº 275, 8º andar, Centro
 CEP 01.013-001
 São Paulo - SP

Ref.: **Processo Administrativo Ordinário nº 05/2017**At.: **Sr. Luiz Felipe Amaral Calabro e Sr. Marcos José Rodrigues Torres**

Prezados Senhores,

1.- **CLEAR CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A. ("Clear" ou "Corretora")**, em processo de incorporação pela XP Investimentos Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S/A ("XP Investimentos") e **PAOLO MASON ("Paolo" ou "Diretor")**, já qualificados nos autos do processo em epígrafe ("PAD"), em conjunto denominados Defendentes, vêm, por meio dos seus advogados, apresentar sua DEFESA contra os fatos que lhes foram imputados no Termo de Acusação ("Termo" ou "Termo de Acusação") pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I - A ACUSAÇÃO

2.- Este processo foi instaurado para apuração de suposta violação: (i) do artigo 6º, inciso III, da Instrução CVM 301/99¹ ("ICVM 301"), pela não identificação, nas rotinas de controle e monitoramento, de operações com oscilação significativa de volume e/ou frequência de negócios, realizadas por 5 (cinco) clientes da Clear; e (ii) do artigo 9º, inciso I, da ICVM 301² em razão da Corretora "implementar controles internos falhos" que não foram capazes de identificar as operações atípicas realizadas por tais clientes.

¹ Art. 6º Para fins do disposto no art. 11, inciso I, da Lei nº 9.613, de 1998, as pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução devem monitorar continuamente as seguintes operações ou situações envolvendo títulos ou valores mobiliários:

III - operações que evidenciem oscilação significativa em relação ao volume e/ou frequência de negócios de qualquer das partes envolvidas; (grifou-se)

² Art. 9º As pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução deverão:

I - adotar e implementar regras, procedimentos e controles internos que viabilizem a fiel observância das disposições desta Instrução, contemplando, inclusive:

a) a coleta e registro de informações sobre clientes para permitir a identificação tempestiva dos riscos de prática dos crimes mencionados no art. 1º desta Instrução;
 b) a análise prévia de novas tecnologias, serviços e produtos, visando à prevenção dos crimes mencionados no art. 1º desta Instrução; e
 c) a seleção e o monitoramento de funcionários, com o objetivo de garantir padrões elevados de seus quadros, visando à prevenção dos crimes mencionados no art. 1º desta Instrução; (grifou-se)

3.- O PAD foi instaurado em face da Corretora e o Sr. Paolo, na qualidade de Diretor responsável, na forma o artigo 10 da ICVM 301³.

4.- A acusação, contudo, não merece prosperar como se passa a demonstrar.



II - BREVE HISTÓRICO DOS FATOS

5.- A área técnica da BSM – Supervisão de Mercados (“BSM”), na sua rotina de monitoramento, avaliou o perfil de atuação dos clientes da Clear no período de outubro a dezembro de 2016 (“Período 2”) e comparou com o perfil de atuação dos mesmos clientes no período de janeiro a setembro de 2016 (“Período 1”).

6.- Dentre todos os clientes avaliados, 5 (cinco) investidores teriam executado operações com significativo aumento quanto ao volume bruto negociado entre o Período 1 e o Período 2.

7.- Ante a conclusão, a BSM questionou a Corretora se tais operações haviam sido identificadas nas suas rotinas de monitoramento e controles para prevenção à lavagem de dinheiro (“PLD”). Em resposta, a Clear informou que o sistema não havia gerado alerta para os casos em questão, mas que os casos seriam devidamente tratados pela área de Compliance da Corretora.

8.- Na mesma ocasião, a Corretora evidenciou a existência de sistema de monitoramento de PLD, parametrizado para identificação de casos de oscilação quanto ao volume e frequência, na forma do art. 6º da ICVM 301. Em que pese a existência do sistema e a evidência da sua devida parametrização por parte da Clear, ocorreu uma atipicidade no processamento dos relatórios pelo sistema que acabou deixando de gerar tais alertas.

9.- Na visão da BSM, o fato do sistema não gerado alerta para tais operações evidenciaria que “a Corretora possuía, à época dos fatos, controles inadequados para prevenção à lavagem de dinheiro, uma vez que seu sistema de monitoramento de operações não identificou as Operações Atípicas realizadas pelos 5 (cinco) clientes (...)”. (fls. 20)

10.- Adicionalmente, asseverou a BSM que a Clear já havia recebido apontamentos quanto à falha nas rotinas de monitoramento de prevenção à lavagem de dinheiro no Programa de Qualificação Operacional (“PQO”) de 2015, tendo apresentado plano de ação para ajuste das rotinas, a ser implementado até novembro de 2015.

11.- Afirma o Termo de Acusação que: “(...) desde março de 2015 a Corretora foi alertada pela BSM para as falhas e insuficiências na sua monitoração dos processos de prevenção à lavagem de dinheiro. A Clear descumpriu o plano de ação para aperfeiçoamento de seus controles para prevenção de lavagem de dinheiro pois, em

³ Art. 10. As pessoas mencionadas no art. 2º desta Instrução deverão ter um diretor responsável pelo cumprimento das obrigações ora estabelecidas, ao qual deve ser franqueado acesso aos dados cadastrais de clientes, bem como a quaisquer informações a respeito das operações realizadas.

outubro, novembro e dezembro de 2016, mais de um ano depois do fim do prazo indicado pela Clear (novembro de 2015) para aprimoramento dos controles e processos de prevenção à lavagem de dinheiro, a BSM identificou Operações Atípicas, as quais não foram identificadas pelo sistema da Corretora.” (fl. 24)

12.- Ante aos fatos acima, a BSM entendeu ter restado configurada a infração – por parte da Corretora e seu Diretor – aos artigos 6º e 9º da ICVM 301. Em que pese os argumentos apresentados pela BSM, a Corretora e seu Diretor acreditam não restar caracterizado qualquer ilícito, como se provará na sequência.

III – ESCLARECIMENTO PRÉVIO QUANTO AOS CLIENTES

13.- Apesar de não guardar relação direta com o tema (controle e monitoramento), importante tecer breves comentários sobre a atuação dos 5 clientes em questão, para que se tenha a dimensão da materialidade da alegada infração.

14.- Pois bem: ao receber o Ofício SAM-DAR-BSM nº 261/2017, pelo qual a BSM solicitou informações sobre as operações em comento, a Corretora – imediatamente – questionou os clientes para que esclarecessem o fundamento econômico de tais negócios, além de efetuar as análises internas e os competentes reportes ao COAF (fls. 60/62).

15.- Em resposta, dois dos clientes (██████████) informaram que operaram com maior frequência durante os meses de outubro a dezembro pois, no final de 2016, tiveram liquidez para entrar no mercado de ações e, visualizando perspectiva de ganho, decidiram realizar operações alavancados (documento já acostado ao processo).

16.- O cliente ████████ informou que é assinante do relatório de análise da Empiricus e que realizou as operações com base na perspectiva de retorno do crescimento no país. O cliente ████████, por sua vez, informou que passou a utilizar da análise gráfica para operar. Ambos discordaram das motivações que levaram as investigações e alegaram que tudo foi devidamente declarado no Imposto de Renda (documento já acostado ao processo).

17.- Por fim, o cliente ████████ informou que aumentou suas operações no final de 2016 após aprender a fazer operações estruturadas com opções, alegou que por não ter gerido adequadamente seu risco teve perdas consideráveis no mercado (documento já acostado ao processo).

18.- Ou seja: em que pese a oscilação no volume, a aparente atipicidade foi devidamente esclarecida pelos clientes.

19.- Ademais, vale ponderar que 5 clientes – se considerado todo o universo de clientes da Clear (aproximadamente 50 mil clientes à época) – não representa um cenário de alta criticidade.

20.- Essas informações, apesar de não justificarem a ausência na identificação do alerta por parte da Clear, demonstram que não se materializou a efetiva lavagem de dinheiro

cuja norma busca mitigar. Por fim, a baixa amostragem (5 clientes) demonstra que não se tratou de uma falha reiterada.



IV - DOS CONTROLES DA CLEAR

21.- No que se refere a acusação em si, qual seja de que a Clear teria descumprido a exigência prevista na ICVM 301 de que os participantes "devem monitorar continuamente" as operações que apresentem alteração significativa de volume, entendem os Defendentes que não faltaram com tal dever.

22.- A Clear, à época dos fatos, mantinha rotina de monitoramento das operações de seus clientes em relação as situações previstas no artigo 6º da ICVM 301 e demais regras de PLD. Tais rotinas eram executadas de forma automatizada pelo sistema "Advice E-Guardian". O sistema, de reconhecido renome no mercado, foi devidamente parametrizado pela Corretora para identificar e gerar alertas das operações atípicas para equipe de Compliance que, por sua vez, ficava responsável pela análise e reporte dos casos.

23.- No período de janeiro a dezembro de 2016, o sistema da Clear estava parametrizado com 16 (dezesesseis) regras de alerta para atendimento do art. 6º da ICVM 301. O "print" anexo (Doc. 01), extraído do sistema à época dos fatos e já apresentado à BSM, evidencia que a Corretora dispunha de regras robustas para monitoramento de operações atípicas.

24.- Especificamente com relação à oscilação de volume e/ou frequência, o sistema foi parametrizado com a regra **MF63 - "Oscilação significativa no valor de operações realizadas"**, cujas características estão descritas abaixo:

MF63 - Oscilação significativa no valor de operações realizadas

Verificar volume mensal cuja o montante varie em mais de 50 % em relação a média dos últimos 6 meses

Criticidade: Alto (8 Pontos)

Comunicação Obrigatória: Não

Definição Legal:

25.- Ou seja: o sistema deveria gerar um alerta para área de Compliance da Corretora toda vez que um cliente realizasse operações mensais com volume igual ou superior a 50% da média ponderada mensal dos últimos 6 (seis) meses.

26.- De fato, os 5 (cinco) clientes apontados no Termo de Acusação realizaram operações com oscilação significativa de volume, se considerados os parâmetros acima e deveriam ter "caído" no filtro. Contudo, por um erro na leitura dos relatórios "GABs" do Sinacor, o sistema acabou não gerando o alerta de tais casos para a área de Compliance.

27.- Em conversa com fornecedor, identificou-se que houve uma falha pontual no processamento do arquivo de movimentação. Aparentemente o sistema e-guardian, durante alguns meses, apresentou inconsistência para leitura do arquivo "GAB" de movimentação com extensão ".txt", que era a extensão padrão extraída via Sinacor à época.

28.- A Corretora, ao longo da auditoria da BSM, reconheceu que houve uma falha pontual no seu sistema com relação a esses 5 (cinco) casos (fl. 21) mas isso, de forma alguma, quer dizer que a corretora "reconheceu" que não mantinha rotina de "monitoramento contínuo", como exige a norma.

29.- Muito pelo contrário. A Auditoria da BSM evidenciou: (i) a existência de sistema próprio para execução da rotina de monitoramento; e (ii) que tal sistema se encontrava devidamente parametrizado com 16 regras próprias destinadas ao atendimento do art. 6º da ICVM 301. Infelizmente, nenhum sistema está livre de apresentar falhas pontuais, como foi o caso.

30.- Hoje, com a incorporação pela XP Investimentos, os atuais sistemas e procedimentos instituídos pela Clear não mais possibilitam a ocorrência de eventos como os tratados no presente processo. Infelizmente o monitoramento existente à época continha parâmetros de leitura de arquivos não perfeitamente efetivos que acabaram por não identificar a atipicidade. Mas essa falha foi pontual e imediatamente corrigida.

31.- De toda forma, tal erro jamais pode ser confundido com ausência de zelo, conforme os dizeres da Diretora Norma Jonssen Parente no âmbito do Inquérito Administrativo CVM nº RJ 2002/6982, de 18.12.2003:

"11. Nos dias de hoje, seria por demais utópico imaginar que no desenvolvimento de operações no mercado de capitais, setor este cada vez mais dinâmico, não ocorressem eventuais erros e falhas. Sem dúvida, não são tais deslizos – inerentes à própria natureza humana – que a lei almeja rechaçar". (grifou-se).

32.- Nesse contexto, o que se exige da Corretora ou de seu Diretor não é a infalibilidade, não é a perfeição, sabidamente inatingível. Tal raciocínio foi admitido pela Superintendência de Relações com Investidores Institucionais ("SIN"), tendo por base manifestação da Procuradoria Federal Especializada ("PFE") desta CVM, quando da análise do Processo CVM nº RJ2002/8479:

"9. O Sr. [REDACTED], diretor responsável pela prestação de serviços de administração de carteiras do [REDACTED], foi absolvido pela SIN da imputação de infração ao artigo 32 da Instrução CVM nº 215/94 (fl. 97), com base no entendimento manifestado pelo Procurador-Chefe da CVM, o qual considerou que "eventual falha isolada, não associada diretamente a um ato ou omissão dolosa ou mesmo culposa do acusado, não tem o condão de caracterizar o descumprimento de seus deveres e obrigações, posto que (...) tais eventos podem ocorrer por ato de terceiros, integrantes ou não da pessoa jurídica habilitada para o exercício da atividade de administrador de carteira" (fl. 81/83)." (Grifou-se).

33.- Posto isso, entende a Corretora e seu Diretor que o sistema de controle não foi o mais eficiente possível, mas, por outro lado, não houve uma ausência de monitoramento ou zelo de forma a deliberadamente "permitir" a ocorrência das operações em comento.

34.- Na visão dos Defendentes, as regras, procedimentos e controles internos implementados pela Clear possibilitavam o fiel atendimento das exigências previstas na ICVM 301 e os casos aqui trazidos decorrem de uma falha pontual.

V – DO PLANO DE AÇÃO E A INTEGRAÇÃO DA XP

35.- O Termo de Acusação, de maneira oportunista, afirma que:

"(...) desde março de 2015 a Corretora foi alertada pela BSM para as falhas e insuficiências na sua monitoração dos processos de prevenção à lavagem de dinheiro. **A Clear descumpriu o plano de ação para aperfeiçoamento de seus controles para prevenção de lavagem de dinheiro pois, em outubro, novembro e dezembro de 2016, mais de um ano depois do fim do prazo indicado pela Clear (novembro de 2015) para aprimoramento dos controles e processos de prevenção à lavagem de dinheiro, a BSM identificou Operações Atípicas**, as quais não foram identificadas pelo sistema da Corretora." (grifou-se)

36.- Isso não é verdade.

37.- O item 5.3 do Relatório de Auditoria nº 210/14 apontou falha no monitoramento das operações mencionadas no inciso II, **III** e VII da ICVM 301 (fl. 143). A falha, segundo apontado pela BSM, consistiu em:

"Conforme levantamento do processo de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, o **Participante utiliza o sistema Intranet Clear para identificar e monitorar atipicidades e posteriormente analisar as ocorrências. Aplicamos os parâmetros estabelecidos no sistema Intranet Clear** para todas as operações realizadas em dezembro/2014 **e identificamos atipicidades que não foram detectadas pelo sistema** (...)" (grifou-se)

38.- Como plano de ação a Clear se comprometeu – até novembro de 2015 – a: **(i) rever o processo de PLD; e, (ii) contratar o sistema e-guardian da Advice e deixar de usar a "Intranet Clear" para monitoramento.**

39.- **O plano de ação proposto foi integralmente cumprido pela Clear, dentro do prazo acordado.** A Clear, como visto, contratou o e-guardian e parametrizou o sistema de forma que cada inciso do art. 6º tivesse uma correspondente regra de monitoramento.

40.- A falha pontual no sistema e-guardian (que não identificou as operações objeto do presente processo) não tem qualquer relação com o plano de ação proposto em 2015 para BSM. Em 2015 a Clear nem possuía sistema de PLD...

41.- Ademais, corrobora a diligência da Clear e seu Diretor o fato de que, meses depois da identificada falha no sistema e-guardian da Advice, a Corretora optou por alterar ferramenta tecnológica de monitoramento de operações, passando a utilizar o sistema "FIRA", então utilizado pela XP Investimentos.

42.- Por fim, os sistemas de monitoramento da Clear e XP Investimentos acabaram sendo integrados com a incorporação e, no último Relatório de Auditoria do Programa de Qualificação Operacional – PQO – 12/01/2018, o sistema da Clear foi testado e as bases de clientes reprocessadas não tendo sido identificada qualquer falha quanto ao monitoramento das operações objeto do inciso **III** do art. 6º, da ICVM 301 (oscilação de volume ou frequência).

43.- Como se vê, não há que se falar em descumprimento do plano de ação e, muito menos em ineficiência dos controles. O que houve foi, tão-somente, uma falha pontual no processamento do sistema à época utilizado (e que já foi trocado).

44.- Por fim, oportuno lembrar que as falhas nos sistemas de PLD não era um problema isolado da Clear, mas sim uma realidade de mercado. Para auxílio, a própria BSM, em workshop realizado em 29/11/2017, elencou diversas falhas recorrentes identificadas no processo de Monitoramento de Prevenção à Lavagem de Dinheiro dos Participantes integrantes do mercado, conforme demonstra o material anexo (Doc. 02). Especificamente sobre o inciso III do art. 6º da ICVM 301, segue abaixo:

"Principais problemas identificados nas auditorias, por inciso do artigo 6º da ICVM 301/1999

Inciso III-Operações que evidenciem oscilação significativa em relação ao volume e/ou frequência de negócios de qualquer das partes envolvidas:

a) O requisito solicita monitoração de quebra de padrão operacional, em termos de volume ou frequência de negócios, mas o filtro compara volume operado com a capacidade financeira do cliente ou compara volume de negócios do cliente no período com um valor fixo.

b) O requisito solicita comparação do volume ou frequência de negócios no período em relação ao histórico do cliente, mas o filtro não acumula negócios."

45.- Como se vê, em 2017 havia ainda muita inconsistência e dúvidas por parte dos participantes no que tange à parametrização, não havendo que se falar em falha de diligência da Clear e seu Diretor, muito menos em descumprimento do Plano de Ação.

VI – DA ATUAÇÃO DO DIRETOR PAOLO

46.- Especificamente no que toca à conduta do Diretor Paolo, o Termo de Acusação imputou-lhe a suposta violação ao art. 6º, inciso III e art. 9º, inciso I, ambos da ICVM 301.

47.- Não consta relacionada no Termo de Acusação, contudo, qualquer conduta omissiva ou comissiva passível de sanção, que seja atribuível ao Diretor. Ao contrário, a acusação limitou-se a indicar o Sr. Paolo como Diretor responsável, assumindo que, com isso,

poderia lhe estender, automaticamente, as responsabilidades anteriormente atribuídas à Corretora.

48.- Contudo, tal fato isolado jamais pode ser utilizado como fundamento para a responsabilização do Diretor, pois, em um processo administrativo disciplinar, é imperativa a individualização da conduta dos acusados – com a demonstração de sua culpa própria e concreta – em respeito ao princípio da responsabilidade subjetiva.

49.- Nesse sentido, veja-se o entendimento de Nelson Eizirik⁴ sobre a necessidade de comprovação da culpa própria:

“A consagração dos princípios que regem a responsabilidade subjetiva na esfera administrativa também vem sendo objeto de expresso reconhecimento por parte das agências reguladoras do mercado, as quais se manifestam no sentido de que **vigora, em matéria de responsabilidade disciplinar, o princípio da culpa própria, não cabendo apenação quando não demonstrada, de forma inequívoca, a participação dos eventuais indiciados.**

“Como a aplicação de penalidade por parte da CVM pressupõe a caracterização da culpa própria, concreta e individual de cada um dos indiciados, mesmo quando componentes do órgão colegiado, deve ser exaustivamente analisada e provada a participação de cada um deles no ato tido como ilegal.” (grifou-se)

50.- Não se nega aqui a possibilidade de responsabilização por conduta omissiva, o que é plenamente admitido. Tão só se alerta para o fato de que neste processo não foram apontados – objetivamente – quais atos teriam deixado de ser praticados pelo Diretor e que estavam dentro de sua esfera de responsabilidade direta. O que exatamente se esperava do Diretor que ele não fez? O Termo de acusação é completamente vago quanto a isso.

51.- Não basta, para efeitos sancionadores, que o acusado seja apontado como o Diretor responsável por uma determinada área ou, como no caso específico, de ser o responsável pelo cumprimento de determinada norma, como fez o Termo de Acusação neste processo. Deve, ao contrário, restar caracterizada de forma inequívoca a conduta irregular que foi realizada ou os atos que deixaram de ser praticados e estavam sob a responsabilidade do Diretor.

52.- Aqui, muito pelo contrário, se evidenciou nos autos que o Sr. Paolo, como Diretor responsável (i) mudou o sistema de monitoramento em 2015 – deixou de usar o “Intranet Clear” e contratou o sistema e-guardian da Adivice; (ii) reparametrizou todas as regras de monitoramento do sistema criando uma regra específica para o monitoramento do art. 6º inciso III da ICVM 301; e (iii) após a falha pontual no sistema da e-guardian, promoveu nova mudança passando a adotar o sistema “Fira” já testado e utilizado pela XP Investimentos.

4 Eizirik, Nelson, et al. Mercado de capitais – regime jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 292.

53.- Por essas razões, o entendem os Defendentes que o Diretor deve ser excluído deste processo como forma de remediar o equívoco cometido ao ser formulada acusação sem individualização de sua conduta, em afronta direta ao princípio da responsabilidade subjetiva.

VII - CONCLUSÃO

54.- Pelo exposto, entende a Clear e seu Diretor que não merece ser provido o presente Termo de Acusação tendo em vista os argumentos acima, reforçando que, na visão dos Defendentes, as regras, procedimentos e controles internos implementados pela Clear possibilitavam o fiel monitoramento das operações realizadas pelos seus clientes, não havendo que se falar em descumprimento dos art. 9º da ICVM 301, como capitulado no Termo de Acusação.

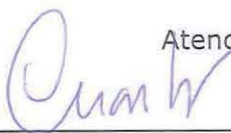
55.- As atipicidades aqui tratadas decorreram de uma falha pontual do sistema e-guardian que foi prontamente ajustado e depois trocado, não restando caracterizada a "ausência de monitoramento contínuo" de operações com alteração significativa de volume ou frequência, previstas no art. 6º inciso III da ICVM 301.

56.- Por fim, não se afigura correta a afirmação de que a Clear teria descumprido o plano de ação proposto para BSM em 2015. Muito pelo contrário. Os documentos acostados ao Termo de Acusação demonstram que a Corretora atendeu integralmente ao compromisso de contratar um novo sistema e parametrizar novas regras de controle de PLD.

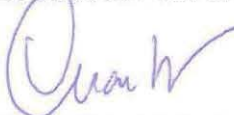
57.- Pelos motivos acima requer seja a acusação julgada improcedente.

58.- Sem mais para o momento, mantemo-nos à disposição de V.Sas. para prestar os esclarecimentos adicionais que se fizerem necessários.

Atenciosamente,



CLEAR CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.



PAOLO MASON